



一份标志人伦与情理胜诉的民事判决

——人的体外胚胎权属争议案二审判决释评

杨立新

摘要 就沈洁与刘曦死亡后遗留的人的体外胚胎,双方的父母起诉争执其权利归属。本案一审判决认定该体外胚胎为具有发展为生命的潜能,含有未来生命特征的特殊之物,不能像一般之物一样任意转让或继承,驳回了原告的诉讼请求。二审判决认定该胚胎为介于人与物之间的过渡存在,权属由发生争议的4位失独原、被告享有,保护了以传承血缘、延续后代为内容的基本身份利益。二审判决是一份标志人伦与情理胜诉的民事判决,但在法律适用方法上存在较多值得商榷的问题,需要进一步进行理论探讨。

关键词 体外胚胎 人权 继承 身份利益 法律适用

随着无锡市中级人民法院(2014)锡民终字第01235号民事判决的出台,受到社会各界关注的人的体外胚胎^[1]争议案的权属争论最终落下法槌,本案原、被告4位失独老人的诉求得到了裁判支持,取得了争议人的体外胚胎的权属。我认为,这是一份标志人伦与情理胜诉的民事判决,特别值得进行深入的理论探讨,研究这份民事判决法律适用的得失,进而引导民事审判的规范化建设,推进社会文明进步。我曾经就本案的一审判决进行过评论;^[2]在本篇文章中,我对二审判决在法律适用上的利害得失,作出以下分析和评论。

一、包含人伦与情理的身份利益是民法保护的客体

本案二审判决是一份特别重要的民事裁判,这不仅表现在其最终判决结果支持了4位失独原、被告支配其独子独女遗留的体外胚胎的诉讼请求,而且在裁判理由中充满了人伦、情理的色彩。特别是二审判决书裁判理由关于情感部分的论述,无疑是二审判决书的华彩乐段,充满了人伦情理之光,使很多法官看到,在中国的民事判决中,还可以这样充满情理地书写裁判理由。因而说本案二审判决是一份人伦与情理胜诉的民事判决,并不过分。

(一)人伦与情理是人权的核心内容之一

1982年《宪法》原本并没有规定人权的概念,2004年第四次宪法修正案第24条规定,在第33条增加1款,作为第3款:“国家尊重和保障人权”,在我国《宪法》中第一次引入了“人权”这一概念。^[3]将人权规定为宪法权利,是我

国经历了几十年的经验教训,经过无数法学家艰苦努力才取得的历史性的重要立法成果。

人权,按照其字面意思理解就是人作为人所应该享有的权利。人权是抽象权利、道德权利,人权概念的出现与自然权利观念有密切的关系,也就是认为按照人的本质属性,人必然享有的某些权利,否则人将不成其为人。因而人权具有固有性、不受侵犯性和普遍性的特点。^[4]学者认为,作为宪法文本中的人权条款的解释,一是作为宪法原则意义上的人权,二是国家价值观念意义上的人权,三是转化为基本权利内容的人权。^[5]基本的民事权利以及法律保护的民事利益,都是人权的内容。宪法保护人权,并且通过宪法以及其他基本法,完善保护人的基本权利,以及其他作为人所应当享有的一切民事权益。

本案双方当事人争议的继承其独子独女死亡后遗留体外胚胎权属的实质,并非物权权属之争,而在于争取繁衍后代、传承血缘的唯一机会。这种人伦情理并不属于我国意识形态领域被长期批判的传宗接代封建思想,而是血缘传承的基本身份利益,为亲属身份权的基本内容,既是人之伦常,也是市民社会的基本情理。二审判决认为“沈杰、刘曦遗留下来的胚胎,则成为双方家族血脉的唯一载体,承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益”,“在沈杰、刘曦意外死亡后,其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体,而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者”,尽管这个表述中的个别

[1]我在评论本案一审判决时使用的概念是人的冷冻胚胎,不够准确,本文将其改称为人的体外胚胎。

[2]杨立新:“人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题”,载《人民司法》2013年第13期。

[3]徐崇德等:《宪法》,中国人民大学出版社2007年版,第184页。

[4]韩大元主编:《宪法学》,高等教育出版社2007年版,第135页。

[5]胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2004年版,第169页。

词句并不十分贴切,但概括的内容却是正确的。因而,这种人伦情理即基本身份利益也是人权的核心内容之一,是基本的民事权益,必须予以充分保障。而违背人伦、情理是对人权和民事基本权益的最大不尊重,是对人权的严重侵害。之所以社会各界对本案一审判决基本持反对意见,就是因为违反了基本的人伦与情理,损害了当事人的基本身份利益。

(二)准许本案当事人取得体外胚胎的权属实现血缘传承是最大的人伦情理

人伦者,人之伦常;情理者,市民社会之常情和一般道理。本案原告和被告对其独生子女死后遗留的体外胚胎的权属争议,体现的并不是一般的民事法律关系,而是涉及两个家族的血脉传承问题。人伦情理并非市民社会秩序之反动,而为社会公德和善良风俗所认可。二审判决认为,“涉案胚胎由双方父母监管和处置,既合乎人伦,亦可适度减轻其丧子失女之痛楚”,充满了对人伦、情理的尊重,体现的是对人权的尊重和保护。民事裁判无论采取什么样的理论基础和法学立场,只要体现了宪法的人权保障原则,体现了民法的民事权利保护原则,尊重人伦和情理,就会受到社会的欢迎。二审判决尽管在法律适用的判决理由中存在很多值得商榷的观点,但将独生子女死后遗留的能够传承双方家族后代的体外胚胎的权属判决给4位失独老人,无疑是最大的成功。这样的判决结果应当予以充分肯定。

(三)尊重生命保护后代也是对国家和民族传承发展的保护

对于本案体外胚胎权属争议的裁判,不仅涉及家族血缘的传承,更重要的是保护中华民族的繁衍和传承。民族的繁衍和传承是民族兴旺发达的保障。一个不尊重生命、不尊重后代的国家和民族,就不能实现国家强盛、民族兴旺的愿景,将会葬送自己的民族和国家。数十年来,在诸多不正确思想的影响下,不尊重生命,不尊重后代的社会现象经常出现,有些做法尽管有计划生育政策的依据,但实行计划生育并非要剥夺无辜的生命,不能以损害人权、灭绝种族为代价。本案4位失独原被告基于计划生育政策,各自只生育了1个子女,在独生子女意外死亡之后,再剥夺他们对独生子女遗留的可以传承血缘的体外胚胎的权属,不仅使两个家族断绝血缘传承,而且也会损

害民族和国家的利益。《宪法》第46条之所以规定“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”原则,就是为了保护民族和国家的后代,保障民族的传承。尽管本案二审判决对此没有论述,但是体现了宪法尊重生命、保护后代的精神,应当予以特别重视,并借此谴责那些不尊重生命、违反人权的违法行为。

(四)民事审判需要端正对人伦情理的认识误区

在我国审判工作中,并非只有本案一审判决才有限制甚至拒绝当事人提出的家族传承血缘繁衍要求的做法。在2001年,浙江省高级人民法院面对死刑犯刚刚结婚不久的妻子提出的获得丈夫的精子进行人工授精繁衍后代、培育爱情果实的人伦要求,竟以“没有先例”为由而断然拒绝。^[6]在泸州市中级人民法院判决的遗赠纠纷案件中,面对对遗嘱人患病多年一直予以照顾直至送终的同居女友的接受遗赠的要求,法院也以违背公序良俗的理由予以拒绝。^[7]法院在作出这些裁断时,都认为自己具有严肃执法的坚定立场,但是这些绝情的做法却无法获得人民的赞同,因为这些做法违反人伦情理。事实上,检验一个民事裁判是否符合法律规定,实际上有一个更为抽象的标准,那就是裁判结果是否违反人伦情理。违反者,就不是正当、合法的判决。本案二审判决面对现实,强调“人伦”、“伦理”观念,作出富有人伦、情理的判决,实属难能可贵。

二、本案二审判决特别值得肯定的其他几个法律适用问题

本案二审判决书还体现了几个特别值得重视的问题,同样涉及法律适用的重要问题。

(一)关于部门规章规范与私权的关系问题

在评论本案一审判决时,我说过一句话,就是“政策不能绑架法律”,^[8]并对这一命题进行了详细论述。在全部法律体系中,宪法具有最高的权威和效力,其次是法律,之后是行政法规和地方法规,再后是规章,以及司法解释等。卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术规范》的性质是部门规章,并不是法律,其效力远远低于法律,也低于行政法规和地方法规。当宪法关于基本权利的规定和民法关于民事权利的规定与部门规章的规范发生冲突时,规章必须服从于法律。我曾经就本案的这个问题问过几位现任法官,他们都认为,法官在审判案

[6]案情及评论见杨立新:《闲话民法》,人民法院出版社2005年版,第175-179页。

[7]案情及判决理由和结果见四川省泸州市中级人民法院(2001)泸民一终字第621号民事判决书。

[8]同注[2]。



件时,不能不正视部门规章的现实存在,适用法律会受到影响。这正是法院普遍存在的“司法解释效力高于法律”的认识误区。对此,二审判决认为:“南京鼓楼医院在诉讼中提出,根据卫生部的相关规定,胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕。”但是该规章“并未否定权利人对胚胎享有的相关权利,且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定,南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。”这样的认识是非常正确的。

正如前文所述,本案当事人争议体外胚胎的权属,是正当行使民事权利的行为,其实质是要求继承该体外胚胎而使自己的家族血缘关系能够继续繁衍传承。这是人权的内容,是基本的身份利益,受到《民法通则》、《继承法》、《婚姻法》和《侵权责任法》的保护。当自然人享有的这种民事权利与下位法特别是部门规章的规范发生冲突时,私权规范的效力远远高于部门规章的效力。

《立法法》第8条规定:“对公民政治权利的剥夺,限制人身自由的强制措施和处罚”、“基本民事制度”,“只能制定法律”。该法第71条规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。”按照这样的规定,部门规章不能限制法律规定的民事权利,当然包括自然人的民事权利。法院审理民事案件,不能以部门规章的规定对抗法律和法规的规定,不能对抗民事权利的行使。二审判决的上述表述体现了这样的精神。

(二)关于死者与医院签署的《知情同意书》的效力问题

对于本案死者生前与鼓楼医院签署的《知情同意书》的效力问题,我在评论一审判决的文章中,已经作出了实事求是的表述。患者与医院签署的知情同意书,是证明医院已经对患者尽到告知义务的法律文书,它的功能在于证明医务人员已经尽到告知义务,患者作出了自己的选择。这是患者行使自我决定权的行为。^[9]《知情同意书》中的意思表示是死者生前作出的,患者在作出该意思表示时,并没有预见到自己在近期内会死亡。因此,他们在知情同意书中作出的上述表示不能认作死者的共同遗嘱,不能对其死亡之后的遗产处理发生拘束力。

对此,二审判决书认为,“沈杰、刘曦生前与南京鼓楼

医院签订相关知情同意书,约定胚胎冷冻保存期为一年,超过保存期同意将胚胎丢弃,现沈杰、刘曦意外死亡,合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行,南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎”,是正确的。

(三)关于对代孕风险控制的问题

本案有一个并未明言的问题,即继承体外胚胎或者监管处置体外胚胎的真实意图,是对体外胚胎进行代孕,将其培育成人,进而繁衍后代、传承血缘。对于这个敏感问题究竟应当怎样处理,二审判决未作明确表述,只是说“南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利”。这样的做法无异是聪明的,也是正确的,因为当事人的争议并未明确涉及代孕,而仅仅是争议权属问题。尽管二审判决认为“权利主体在行使监管权和处置权时,应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益”,并且以此控制非法代孕的法律风险,但在实际上对本案当事人传承、繁衍后代的真实意图并没有最终的结论。

对于这个问题,我在民法研讨会以及有关民法专家中多次征求意见,大致的意见有以下几种:一是坚决反对非法代孕,禁止一切代孕行为,包括本案这种极为特殊的情况;二是坚持禁止非法代孕的原则,但对于有正当理由的代孕,法律应当予以支持并予保护;三是可以法外开恩,作为特例予以准许,但应当经过裁判;四是到法律准许的国家去代孕。当然也有人提出没有父母代孕出生的孩子是否会遭受歧视的问题,对此我不做讨论。

事实上,我国地下存在的非法代孕现象并非罕见。只要把体外胚胎的权属判决给本案当事人,他们自有规避法律的办法,进而实现其最终目的。提出代孕的风险控制基本上无法实现。对此应当进行讨论,提出妥当的方法,使其行使权利取得合法形式。

禁止代孕的主要目的,无非一是防止血缘混乱发生纠纷,二是防止破坏计划生育政策,三是防止贩卖人口。这些因素,在本案都不存在,而且具有正当理由。既然当事人的诉求具有正当的理由,属于人权保护的范畴,就不应当在卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术规范》部门规章的限制之内,应当得到法律的尊重和保护。鼓楼医院应当在符合伦理要求的情况下,准许将该体外胚胎进行代孕,为当事人培育后代。这样做并不过分,而且会得到人民群众的支持。美国亦不准非法代

[9] 杨立新、刘召成:“论作为抽象人格权的自我决定权”,载《学海》2010年第5期。

孕,但并非没有特例。2014年2月,一对年轻夫妇意外死亡,留下11枚体外胚胎,还有一个2岁孩子,没有处置体外胚胎的遗嘱。德克萨斯州遗嘱检验法庭判决,该11枚体外胚胎由医院保管,到该孩子年满18岁后,由其决定体外胚胎的处理方式。如果孩子愿意将其培育成为自己的弟、妹,那就只能通过代孕的方法执行这个判决。这样的态度才是正确的司法立场。

(四)关于“司法不得拒绝裁判”原则的适用问题

不得拒绝审判是民事司法的基本原则。可惜的是,我国法院根本不把这个原则当回事,总会有各种借口拒绝某些民事案件的审理。本案二审判决认为,“在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下,结合本案实际,应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属”,体现了不得拒绝审判原则的精神。

明确规定不得拒绝审判的成文法是《法国民法典》第4条:“法官借口法律无规定、规定不明确或不完备而拒绝审判者,得以拒绝审判罪追诉之。”法律之所以这样规定,是因为“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理”为基本的法律适用法例,因而不会出现不能裁决的民事案件,法官当然不得拒绝裁判,拒绝裁判就是犯罪行为。长期以来,我国法院片面强调“以事实为依据,以法律为准绳”的原则是人民法院审理案件的基本原则,片面理解严格依法裁判是现代法治的基本要求,造成了法院在没有明确法律依据时,对当事人的诉求多以不予受理或者驳回起诉等方式被拒绝裁判。这样的认识误区在我国司法裁判整体保守的大环境下,被认为是顺理成章的事情。

值得欣慰的是,最高人民法院《关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》中明确规定,法院“不得以当事人的诉请在修改后的《民事案件案由规定》中没有相应案由可以适用为由,裁定不予受理或者驳回起诉,影响当事人行使诉权”。这样的意见,尽管还不属于对不得拒绝审判原则的表述,但还是在一定程度上体现了这样的精神。民事审判应当进一步扩展这一表述的内涵,确定“有法律依法律,无法律依习惯,无习惯依法理”的民事司法原则,真正实现民事裁判不告不理、有告必理的民事司法秩序,坚决摒弃拒绝审判的司法恶习。

不过,尽管本案二审判决体现了不得拒绝审判的精

神,但由于本案二审判决在确定当事人诉讼目的上的认识出现错误,才造成了“法无明文规定”的问题。如果直接依照当事人的诉求适用法律,并不会出现这样的问题,因而本案中的不得拒绝审判问题属于一个虚构的命题。二审判决如果正确认识本案民事法律关系的性质,是不会发生这样的后果的。后文对此还有进一步的讨论。

三、本案二审判决特别值得探讨的几个重要的法律适用问题

在肯定本案二审判决的基础上,也必须看到该判决并非完美无瑕,还存在一些在法律适用上的认识误区,应当进行充分的深入研究。同时,一审判决也有特别值得称道的精彩之处,应当予以肯定。

(一)“介于人与物之间的过渡存在”究竟是指民法上的什么概念

二审判决裁判理由构建在一个特别重要的概念之上,这个概念就是“介于人与物之间的过渡存在”。提出这个概念的前后文是:“胚胎是介于人与物之间的过渡存在,具有孕育成生命的潜质,比非生命体具有更高的道德地位,应受到特殊尊重与保护。”可见,二审判决认为胚胎既不是物也不是人,而是人与物之间的第三种市民社会物质要素。至于后文的表述当然不存在问题,只是这个“介于人与物之间的过渡存在”的概念并不是民法的基本范畴。

近代以来的民法都采纳法律关系为其基本方法,据此构建法律关系的基础,以“主体—客体—内容”为其基本逻辑,将市民社会的物质构成要素分为人与物对立的二元格局,构建了市民社会认识、规范和处理纠纷的基本方法。^[10]故主体与客体即人与物是民法的两大基本范畴,作为一组相对的概念,两者各以对方的存在为自己存在之前提,两者只有在其相互关系中,才能展现自己的特性。^[11]虽然“现代生殖科技颠覆了人类胚胎须于母体内发生之铁则,而体外胚胎的出现确实已逸脱各国制宪先贤可能之想象”,^[12]但作为市民社会物质构成要素的基本范畴,市民社会除了人与物之外,并不存在其他的物质存在。正因为是把人与物这两个基本范畴作为罗马法以来的民法构建的逻辑起点,并且一直延续到今天,因而不可能存在人与物之外的第三个基本范畴。这是直至今日民法对市民社会的最为精准的认识,并且至今为止尚未发

[10] 杨立新:《民法总则》,法律出版社2013年版,第30-36页。

[11] 李锡鹤:“民事客体再认识”,载《华东政法学院学报》2006年第2期。

[12] 邱玖惠:“‘人类尊严’法学思维初探——从人类体外胚胎谈人性尊严之另一面向”,载《台北大学法学论丛》第69期。



现其可能存在的错误。在这样的民法逻辑结构和人与物的基本范畴之外,还存在“介于人与物之间的过渡存在”吗?不会的!

诚然,社会在发展和进步之中,面对文明发展和科技进步,民法的基本范畴和逻辑结构必然会面临挑战。其中最为严峻的考验,就是人与物好像不再是非此即彼的对立状态,而是处于动态的变化过程之中,似乎人与物的界限出现模糊地带,在人的物化、物的人格化现象越来越普遍的情形下,类似于“介于人与物之间的过渡存在”似乎也成为现实,并且在民法的基本范畴中也应当具有一席之地。《德国胚胎保护法》第8条第1款对胚胎的定义,胚胎系指自细胞核融合时起,已受精且具有成长能力的人类卵细胞;此外,亦指任何一个得自于胚胎,在其他条件存在时,能够开始分裂并成长成为一个个体的全功能干细胞。^[13]这个定义其实就是说的这种情形。

所谓的人的物化与物的人格化引发的介于人与物之间的过渡存在,是否就能够破坏民法的人与物的基本格局,或者改变人与物的民法基本格局的现存状态,变成“人-过渡存在-物”的基本逻辑格局呢?我认为,一个历经几千年传承、发展、完善起来的民法基本格局,是一个稳定的结构,在没有发生新的巨变,还保持着市民社会赖以存在的基本自然环境即地球的基本状态时,是不会改变的。即使今天出现了互联网(虚拟财产)、无线电频谱、自然力等新型的物,以及具有生命特征的体外胚胎、脱离人体的器官或者组织等,也仍然不足以形成冲击人与物民法基本格局的力量。这些新型的所谓“中间状态”、“过渡存在”等的存在,仍然没有强大到足以形成市民社会第三物质构成要素、成为民法新的基本范畴的程度,仍然不能改变人与物的民法基本格局,以及人与物的民法基本范畴体系。

在民法把人与物作为基本范畴、并作为民法的基本逻辑起点,且为结构民法基本格局的逻辑基础上,在分析人的物化、物的人格化现象时,最为简洁的方法是:如果民法的现行基本范畴、基本的逻辑起点以及基本逻辑格局真的无法适应这样的现象,那就应当对当代民法进行“革命”,创设新的民法基本范畴,采纳新的民法逻辑起点,创建新的民法逻辑格局。如果民法的现行基本范畴、基本的逻辑起点以及基本逻辑格局能够适应这样的变化,那就不必也不能对当代民法进行“革命”,不能改变民

法基本范畴体系,不能改变民法的逻辑起点,更不用创建新的民法逻辑格局。在目前,前者的可能性显然不存在,而通过解释,将人的物化、物的人格化现象纳入现行的民法基本范畴之中,就会仍然坚持目前的民法逻辑起点,维持民法的基本格局,通过“改革”而不是通过“革命”的方式,使民法适应当代市民社会现象对民法的挑战,变危机为动力,焕发民法的新活力,为发生了重大变化而不是质变的市民社会服务。

采取后一种方法应对市民社会的变迁,就是仍然坚持人与物的民法基本格局,不增加新的民法范畴,不改变民法的基本逻辑起点。而是将人的物化和物的人格化的情形(例如人与物之间的过渡存在)进行分析,确定它们的基本特征,根据它们最突出的特征,将其划入人或者物的基本范畴之中。我可以断言,在这样的逻辑基础上,无论是人的物化还是物的人格化,经过分析归类,基本上都会归属于物的范畴,而无法纳入人的范畴。例如人的体外胚胎,其固然“具有潜在的生命特质,不仅含有沈杰、刘曦的DNA等遗传物质,而且含有双方父母两个家族的遗传信息,双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性”,但是,即便它具有“比非生命体具有更高的道德地位”,也仍然改变不了其不具有完整的人格、不具有民事权利能力的现状,改变不了其物的属性,仍然属于“比非生命体具有更高的道德地位”的物的范畴。按照学者所说的“作为一种更接近人而非物的人格体,涉及胚胎的法律调整应当在利益衡量的基础上立足于人格权法的角度来进行”^[14]的说法,我倒是希望将人的体外胚胎认定为人的属性。如果是这样,那些企图扼杀体外胚胎的人,就有可能触犯刑法而犯下杀人罪。这样认识,对保护体外胚胎岂不是更为有利?可惜的是,刑法并不这样认为,而依照市民社会的逻辑要求,无论如何也得出这样的结论。

因此,“介于人与物之间的过渡存在”的概念是不存在的,更不能作为民法的基本范畴。援引美国有关州的判例法作为这种认识的基础,不符合大陆法系的基本逻辑要求。对于人的物化产生的存在,包括“介于人与物之间的过渡存在”,我国民法学界早有基本共识。王利明教授在其主编的《中国民法典学者建议稿》第128条第2款规定:“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等,以不违背公共秩序与善良风俗为限,可以作为物。”^[15]梁慧星

[13]同上注。

[14]刘长秋:“人类辅助生殖现象的伦理判定与法律裁度”,载《人民司法》2014年第14期。

[15]王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》,法律出版社2005年版,第241页。

教授在其主编的《中国民法典草案建议稿》第94条第3款规定:“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等,以不违背公共秩序与善良风俗为限,可以成为民事权利的客体。”^[16]这些具有“私域软法”^[17]性质的规范性文件,并非主观臆断和空穴来风,也不是王利明、梁慧星自己的意见,而是经过民法学者集思广益、反复论证才确定的共识,包含了大多数民法学家的智慧和心血,应该成为法官裁判可以参照的法理。

一审判决在这个问题上,认为“施行体外受精—胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能,含有未来生命特征的特殊之物”,^[18]采纳了民法学界的理论通说,表现了合议庭和法官在接受民法新理论的敏感性,特别值得肯定。而二审判决在这个问题上煞费苦心,回避民法学界基本形成通说的伦理物^[19]或者人格物^[20]的法理,试图超越学者的争论,偏偏使用这样不符合大陆法系民法逻辑要求的“介于人与物之间的过渡存在”的英美法系个别判例使用的概念作为判决的逻辑起点,其探索的良苦用心似乎用错了地方。对此,我在下文还要继续分析。

(二)“监管权和处置权”的权利性质和权利基础究竟是什么

本案二审判决将原告起诉、一审认定的“继承纠纷”案由变更为“监管权和处置权纠纷”,并且自信这种变动确有道理。但是,这里使用的“监管权和处置权”的权利性质和权利基础却语焉不详,因而特别值得研究。

1. 监管权和处置权的权利性质

什么叫做监管权和处置权,二审判决并未解释,民法理论通常也不使用这样的概念,因此无法得知这两个概念究竟是什么性质的权利。

监管权通常使用在进口货物的监管中。在民法中,与监管权比较接近的有监护权、管理权、监督权等,但监管权显然不是监护权与管理权的合并,也不是监督权与管

理权的合并。如果是监护权与管理权的结合,则与身份权相关;如果是监督权与管理权的结合,则在民法为无出处。至于处置权,似乎与支配权与处分权比较接近,但支配权是一种权利类型,而不是一个实体权利;处分权则是所有权的权能性权利,与处置权比较相近。我推测,使用处置权的概念就是要体现处分权的含义,但又想回避处分权的权能性。既然如此,二审判决使用这样两个语焉不详的民法概念,并且将其作为当事人争议的焦点,建构裁判理由的基础,但其在民法上的权利性质不确定,因而并不妥当,我表示质疑。

2. 监管权和处置权的权利基础

监管权和处置权不是民法权利体系中的范畴,类似于一个实体权利范畴的派生性或者权能性的权利。对于这样比较虚化的民事权利概念,必须找出它的民事权利基础,确定它究竟是依据民事权利体系中的何种基本权利范畴产生或者派生出来的。

如果监管权是一个管理权,这个概念在物权法上经常使用在建筑物区分所有权中,例如《物权法》第70条规定。^[21]如果处置权是一个处分权,那就是所有权的权能,《物权法》第39条有规定。^[22]依照二审判决的基本逻辑思考,由于体外胚胎并不属于物的范畴,而是“比非生命体具有更高的道德地位”的“介于人与物之间的过渡存在”,显然不能依据物权作为其权利基础。如果将物权作为监管权和处置权作为权利基础,必定与二审判决的逻辑起点存在难以解决的矛盾。同样,监管权和处置权也不是以人格权和身份权作为权利基础,因为它的客体是“介于人与物之间的过渡存在”,人格权和身份权自然不能成为其权利基础。这种逻辑思考存在的问题是,监管权和处置权既不以物权为权利基础,也不以人格权和身份权作为权利基础,那么在民法上,监管权和处置权就是没有权利基础的权利。这样的派生性权利或者权能性权利,有存在的可能吗?结论不言自明。

[16]梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第19页。

[17]杨立新:“媒体侵权和媒体权利保护的司法界限研究:由《媒体侵权责任案件法律适用指引》的制定探讨私域软法的概念和司法实践功能”,载《法律适用》2014年第9期。

[18]江苏省宜兴市人民法院(2013)宜民初字第2729号民事判决书。

[19]杨立新等:“动物法律人格之否定——兼论动物之民法物格”,载《法学研究》2004年第5期;杨立新:《民法物格制度研究》,法律出版社2008年版,第41页。

[20]冷传莉:《论民法中的人格物》,法律出版社2011年版,第11页。

[21]《物权法》第70条规定:“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权,对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。”

[22]《物权法》第39条规定:“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”



3.以没有权利基础的权利作为判决逻辑起点的后果

二审判决在法律适用上,是以监管权和处置权作为整个逻辑起点的。可是,以这样没有权利基础的派生性或者权能性的权利作为判决的逻辑起点,这个判决是建立不起来的。即使建立起来的逻辑关系,也因为缺乏科学的逻辑基础而使其无法构建完成,甚至成为空中楼阁。因而,虽然我认为本案二审判决是一个标志人伦和情理胜诉的重要判决,但是在法律适用的逻辑关系上是不完美的,甚至是有严重缺陷的,并不是一个特别成功的民事判决。

(三)将本案变更为“监管权和处置权纠纷”案由有何利害得失

二审判决认定,“根据上诉人在原审中的诉请以及当事人之间法律关系的性质,本案案由应变更为监管权和处置权纠纷”,其原因是“原审在本案的诉讼主体结构安排方面存在一定的瑕疵,本应予以纠正。但考虑本次诉讼安排和诉讼目的指向恒定,不会对诉讼主体的程序和实体权利义务的承担造成紊乱,本院不再作调整。”这样的做法是否妥当,仍然值得探讨。

一是从程序上探讨。案由是原告诉请的基本要求,也是双方当事人争执的基点,体现了当事人争议的法律关系的性质,这主要是当事人自己选择的。如果当事人确定的案由不当,处理的办法有两种:一是驳回原告的诉请,告知其另行起诉;二是法官进行释明,尽量征得当事人的同意而予以改变。其做法,基本上是以当事人主义为主,兼采法官职权主义。本案二审判决上述表述,实际上是法官职权主义,因为上诉人在上诉中并未改变其诉请案由。在二审审理过程中,二审判决径直采取职权主义改变争议的案由,但仍有值得斟酌的余地。

二是从实体上探讨。本案原告起诉的案由是继承纠纷,主张对体外胚胎享有继承权;被告的答辩也是基于这个案由进行。尽管原、被告采取这样的诉讼设计不当,致使“原审在本案的诉讼主体结构安排方面存在一定的瑕疵”,但并非改变了讼争法律关系的性质。如果像一审判决那样对当事人争议的法律关系性质如此确认,依据《继承法》第25条规定,确定在继承开始时继承人没有表示放弃继承,视为接受继承,因而认为争议的当事人已经接受继承,取得了遗产(体外胚胎)的所有权,继而将案由改变为原、被告依照《物权法》第34条规定,向第三人主张“返

还原物”之诉,在法律适用上顺理成章。这种争议绝非侵权责任争议,而是基于继承而产生的物权请求权纠纷,是本案的真实法律关系。可是二审判决却舍近求远、避易取难,变更为“监管权和处置权纠纷”的案由,绝不是法律适用的良方。正确的处理方法,应当是驳回原告的诉讼请求,另行起诉;或者直接将案由变更为请求第三人“返还原物”,并直接依据《继承法》和《物权法》作出改判。

(四)本案在法律适用上怎样选择请求权的法律基础

本案二审判决书选择适用的法律是《民法通则》第5-7条。这3个条文分别是保护民事权益原则、守法原则和公序良俗原则。这样适用实体法作出判决,存在较大的问题。

首先,民事法律适用通常不得援引原则性规定进行判决。《法国民法典》第5条规定:“禁止法官对其审理的案件以一般规则性笼统条款进行判决。”当然,这不是绝对的,如果一般性条款包含有请求权,是可以作为请求权法律基础的。例如,我国《侵权责任法》第6条第1款和《法国民法典》第1382条等,都包含有请求权,可以作为请求权的法律基础予以适用。

其次,二审判决援引的《民法通则》第5-7条3个条文中,都不包含请求权,都不能作为请求权的法律基础。这也正是本案二审判决变更案由和原告诉请做法存在的最大问题,即监管权和处置权没有请求权法律基础,而《民法通则》的上述三个条文都不包含本案原告的请求权(包括继承权及监管权和处置权)。既然将原告的诉请变更为监管权和处置权没有请求权基础,而民法的一般性规定又不能作为裁判依据,且不援引习惯和法理,这样的判决在法律适用上能够成立吗?

再次,如果确无法律依据,需要“法官造法”,二审判决也不能适用《民法通则》第5-7条的规定。权利保护原则和守法原则不能作为请求权法律基础,自是当然。即便公序良俗原则也是一个较为抽象的不确定法律概念,难以在司法裁判中直接援引,需要通过法律补充予以具体化。^[23]反之,在适用法律过程中,如果出现法律漏洞,法官可以运用诚信原则对法律漏洞作出填补。这是因为诚实信用原则的一大功能在于法的续造,能够将法与变动的生活关系或者社会中的价值标准协调起来。^[24]如果本案确实出现了法律空白或者法律漏洞,适用《民法通则》第4条规定关于诚信原则的规定作为法律基础,就会比较适当。

[23]王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第138页。

[24]同上注,第130页。

如果依据原告的诉请适用《继承法》和《物权法》的有关规定,即可避免法律适用上的这些麻烦。

四、对反映社会关系变动新问题的民事案件适用法律的基本方法

关于民事裁判的法律适用方法,我曾经在《民事裁判方法》一书中提出以下方法。第一,对寻找到的请求权法律基础的法律规范进行分析,根据法律规范的特点,确定该法律规范是强制性法律规范,还是任意性法律规范。第二,适用强制性法律规范,应当区别情况:1.单一指向的强制性法律规范,法官必须强制适用;2.强制性规范发生冲突,应当由法官确定适用法律;3.强制性法律规范发生竞合,应由当事人选择适用法律,法官不能自作主张决定法律适用;4.民法和其他法律强制性规范冲突,由法官确定适用法律。第三,适用任意性法律规范,法官也不得任意适用,必须遵循以下规则:1.当事人有明确约定的,法官应当依照当事人的约定确定双方当事人的权利义务;2.当事人没有约定或者约定不明确的,应当直接适用任意性规范,确定当事人的权利义务;3.当事人对合同约定内容发生争议的,法官依法进行合同解释;4.当事人按照任意性法律规范进行约定,违反强制性法律规范的一律无效。第四,原告的请求权没有成文法作为法律依据的,应当依照“有法律依法律、无法律依习惯、无习惯依法理”的规则,适用民事习惯或者法理,确认当事人的民事权利和义务。^[25]

这是在民事纠纷案件裁判中归纳出的法律适用的一般方法。在这个方法中,对第四方面还应当增加一些过细的规则,就是对在社会关系发生变动出现新问题的民事纠纷案件的法律适用中,还应当区分实际情况,解决具体的法律适用问题。第一,在审理社会关系发生变动出现的新问题的民事纠纷案件中,应当确定本案的争议是否能够在现有民事法律规范体系中,寻找到请求权的法律基础。能够找到的,就适用该法律规范进行审判。第二,如果在现有法律体系中找不到适当的请求权法律基础,则探讨在最小范围内适用习惯或者法理就能够对新问题进行解释,将其纳入相应的请求权法律基础之中,选择该法律

规范予以适用。第三,如果无法通过最小范围内适用习惯或者法理对社会关系变动出现的新问题作出解释以纳入相应的请求权法律基础之中时,应当通过更大范围的适用习惯和法理进行解释,将其纳入相应的请求权法律基础之中,选择该法律规范予以适用。第四,如果以上三种办法都无法解决新问题的法律适用问题,则应当适用习惯;没有相应习惯的时候,适用法理。第五,对于第四项方法也不能解决的新问题,在法律适用时,则应当依据诚信原则做出裁判。

在对社会关系发生变动出现的新问题适用法律,采用上述办法时,应当循序渐进,按照顺序进行选择。在能够选择最为简洁的办法确定法律适用时,就不采取难度更大的法律适用方法解决问题。

如果在法律适用中,确实找不到现有的应当适用的法律规范,也找不到适当的习惯予以适用,需要寻找法理作为裁判依据的时候,应当确定什么是法理。法理,即法律通常之原理,例如历来办案之成例及法律一般原理、原则。^[26]法理的基本功能系在补法律及习惯法的不备,是执法者自立于立法者的地位,寻求就该当案件所应适用的法则,以实现公平与正义,调和社会生活上相对立的各种利益。^[27]法理的渊源,一是学说为通说或者权威学说,为多数学者所相信,例如王利明、梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》的条文,以及其他权威学者的理论著述;二是司法实务具有重要参考价值的案例,例如最高人民法院公布的指导性案例或者其他法院有影响的案例;三是国外权威的法律规范或者裁判规范,例如德国法院通过判例确立的关于让与担保的法律适用规则;^[28]四是国外具有影响力的裁判案例,例如欧盟法院2012年裁判的被遗忘权的典型案例。^[29]当然,法理虽由法官认定,但既以为裁判之准据,则关系于人民之权义,实非浅鲜,故应注意的是:第一,不背离法之精神;第二,依当时周围之环境,方可得一公平而合于法理之准据,不能纯凭主观的见解,毫无限制。^[30]

(作者单位:中国人民大学
民商事法律科学研究中心)

[25] 杨立新:《民事裁判方法》,法律出版社2008年版,第263-264页。

[26] 胡长清:《中国民法总论》,中国人民大学出版社1997年版,第33页。

[27] 王泽鉴:《民法总论》,三民书局2008年版,第64-65页。

[28] 杨立新:《物权法》,法律出版社2013年版,第469页。

[29] Wikipedia:Google Spain v AEPD and Mario Costeja González, http://en.wikipedia.org/wiki/Google_Spain_v_AEPD_and_Mario_Costeja_González, 2014年9月7日访问。

[30] 蔡肇璜:《民法总论》,大东书局1947年版,第27页。